Dissertation

« Expliquer le rôle de la clientèle dans la qualification du fonds de commerce. »

INTRODUCTION

S'interroger sur la composition du fonds de commerce revient à poser deux questions successives. La première consiste à recenser les éléments qui font partie du fonds de commerce, et ceux qui en sont exclues. La deuxième question est d'une plus grande actualité: elle conduit à se demander si, parmi les éléments du fonds de commerce, certains ne sont pas plus importants que d'autres.

Le commerçant utilise, pour son exploitation, un ensemble de biens corporels et incorporels. Ils forment un ensemble: le fonds de commerce.

Aucun texte ne définit le fonds de commerce, il demeure une notion essentiellement jurisprudentielle et doctrinale. Le fonds de commerce peut se définir comme un bien unitaire composé d'éléments disparates.

L'art. L. 141-5 Code de commerce (introduit par la loi du 17 mars 1909) énumère des éléments du fonds de commerce dans une liste non exhaustive. Dans la liste on trouve aussi la notion « clientèle ». On se pose alors la question ce que c'est, la clientèle. La clientèle c'est l'ensemble de personnes qui sont en relation d'affaire avec un professionnel. Si le professionnel est commerçant, la clientèle est dite commerciale. S'il exerce une activité civile, elle est civile. Il ne faut pas le confondre avec l'achalandage. L'achalandage est la partie de la clientèle qui s'adresse au commerçant en raison de l'emplacement de son fonds de commerce et non en raison de la personne du commerçant, on utilise parfois le terme « clientèle potentielle ». La différence entre les deux c'est que la clientèle proprement dit sont les clients réels du fonds de commerce et l'achalandage sont les clients potentiels.

La jurisprudence considère que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce et qu'un simple achalandage n'est pas suffisant à le caractériser. Une partie de la doctrine cependant est en désaccord avec cette analyse. Ils font valoir que la clientèle est libre de s'approvisionner.

Il se pose alors la question concernant le rôle de la clientèle dans la qualification du fonds de commerce.

On peut dire que la clientèle constitue un rôle important pour la qualification

du fonds de commerce (I). Mais il existe d'autres éléments qui deviennent de plus en plus importants pour qualifier le fonds de commerce (II).

I. La clientèle, l'essence du fonds de commerce

On peut dire que la clientèle conditionne l'existence du fonds de commerce (A) et sa transmission (B).

A. Une condition d'existence du fonds

Sans clientèle, il ne peut y avoir de fonds de commerce. La chambre de requête a affirmé dès 1934 que la clientèle est la condition essentielle d'un fonds de commerce (*Req. 22 octobre 1934*). Cette règle a été réaffirmée de nombreuses fois (*Com. 18 mai 1978*: le fonds de commerce ne survit pas à la disparition de la clientèle qui en constitue l'élément essentiel.). Donc, la clientèle est nécessaire pour caractériser le fonds de commerce, mais toutes les clientèles ne permettent pas à fonder un fonds de commerce. Il faut que la clientèle soit en partie propre au commerçant. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelée (*Com. 19 novembre 2005*) que le fonds de commerce se caractérise par l'existence d'une clientèle propre au commerçant.
Il se pose néanmoins des problèmes lorsqu'un fonds est exploité dans un ensemble commercial. Il se pose alors la question, en cas d'une galerie marchande par exemple, si les différents magasins ont une clientèle propre et autonome ou si cette clientèle est celle de la grande surface. Pour répondre: tout dépend des circonstances de fait. Dans un arrêt célèbre, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a jugé que la buvette d'un champ de courses n'avait pas de clientèle propre, ses clients étant ceux du champ de courses (*Ass. Plén., 24 avril 1970*).
Pour la Cour de cassation, c'est l'existence d'une clientèle réelle qui est le critère déterminant la date de création du fonds de commerce. Par cela, on peut constater que la clientèle doit avoir un rôle importante.
De plus, il faut que la clientèle soit licite.

Le déplacement du fonds n'entraîne pas nécessairement sa disparition. Il faut donc s'intéresser à la transmission du fonds de commerce.

B. Un critère de transmission du fonds

En raison du fait que la clientèle est l'élément essentiel du fonds de commerce, si le commerçant cède sa clientèle, il cède nécessairement et également son fonds de commerce.

Aucune difficulté ne se pose lorsque le propriétaire d'un fonds cède, donne ou loue l'intégralité des éléments qui composent son exploitation. Il y a alors transmission de fonds.

Par contre, la situation peut être beaucoup plus difficile si les éléments du fonds sont dispersés: soit que l'ancien propriétaire en cède une partie à un acquéreur et le reste à un autre, soit qu'il ne cède qu'une partie des éléments de fonds et conserve les autres. Dans ce cas-là, il se pose la question s'il y avait lieu d'une cession de fonds de commerce ou non et si oui auquel des acheteurs.

Pour la cession du droit au bail emportant cession de clientèle, la Cour de cassation a donné une solution: il y a cession de fonds dès lors qu'il y a cession de l'élément caractéristique qui retient la clientèle (*Civ., 1, 7 février 2006*). Dans cette décision on voit facilement que la clientèle joue un rôle extrêmement important pour considérer si oui ou non il y avait une cession. On peut en conclure que si la clientèle n'est pas cédée, il n'y a que cession d'éléments isolés et non pas du fonds de commerce.

On a bien pu constater que la clientèle joue un rôle important pour la qualification du fonds de commerce. Néanmoins, il y a un certain tempérament concernant les autres éléments de qualification.

II. Mais les autres éléments deviennent de plus en plus importants

La clientèle connait une assouplissement concernant l'exigence de maîtrise de gestion (A). De plus, le droit au bail constitue un élément assez important (B).

A. L'exigence de maîtrise de gestion

La Cour de cassation a longtemps considéré qu'un fonds de commerce ne peut exister que si la clientèle est propre et prépondérante. Mais on constate de plus en plus un certain glissement dans la motivation des décisions. On ne se

fonde plus sur le caractère personnel de la clientèle mais sur l'absence d'autonomie de gestion.
Une décision assez récente concernant une société qui a mis à la disposition d'une personne un stand installé sur la terrasse couverte du café qu'elle exploitait, avec vitrine sur l'extérieur, pour vendre des crêpes tant aux clients du café qu'aux passants de la rue (*Civ. 3ème, 1er octobre 2003*): la Cour de cassation a estimé que l'occupant du stand dépendait totalement de la société (pour les horaires d'ouverture etc.), par conséquent, il ne bénéficiait d'aucune autonomie de gestion, alors pas de clientèle propre.
Il n'est alors plus nécessaire que la clientèle soit prépondérante pour être en présence d'un fonds de commerce
En matière de bail commercial, il ressort d'une décision de la Cour de cassation (*Civ. 3ème, 19 janvier 2005*) que l'existence de la clientèle propre au commerçant caractérise le fonds mais le bénéfice de statut peut être dénié si des contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité pèsent sur l'exploitant. En pratique pour l'application du statut des baux commerciaux, l'existence d'une clientèle personnelle est nécessaire, mais elle n'est pas suffisante: le commerçant doit avoir en outre la maîtrise de la gestion de son fonds. Il doit bénéficier d'une réelle autonomie de gestion permettant le libre exercice de son activité commerciale.
On peut donc constater que la clientèle ne se conserve que par un certain courant d'affaires.

On constate ainsi que certains auteurs disent que c'est le droit au bail qui constitue l'élément essentiel du fonds de commerce.

<u>B. Le droit au bail constituant à lui seul le fonds de commerce</u>

Selon les auteurs Reinhard et Thomasset-Pierre, il y a des éléments du fonds de commerce qui sont plus importants que d'autres. Il cite pour leur thèse l'élément du droit au bail qui peut constituer à lui seul le fonds de commerce. Selon eux alors, ce n'est plus l'élément de la clientèle qui est essentiel pour la qualification du fonds de commerce.
Il se pose donc la question ce que c'est le droit au bail. C'est la créance du

locataire commerçant contre le propriétaire immobilier, c'est-à-dire le droit de jouissance des lieux loués où s'exerce le commerce. Le droit au bail présente un intérêt essentiel.
L'emplacement occupé est souvent l'élément primordial du succès commercial: une cession de bail équivaut à une cession de fonds de commerce. Par cela, on peut comprendre le caractère important pour la qualification du fonds de commerce.
Il faut tout de même préciser qu'il peut y avoir fonds de commerce sans qu'il y ait bail (*Com. 27 avril 1993*). C'est le cas où un commerçant est propriétaire de l'immeuble dans lequel il exerce son activité. Dans ce cas, l'immeuble ne fait pas partie du fonds de commerce. Il n'est pas considéré comme un de ses éléments. Mais ce cas précis est rare en pratique.
Le plus souvent, le commerçant est locataire et le droit au bail lui est attribué.
De plus, le bail commercial peut être cédé à un commerçant. La cession de bail constitue alors une opération fructueuse de la vie commerciale pour le vendeur qui demande à cette occasion le versement d'un « pas de porte ».